

Das Concorrências *.

Carlos S. de Barros Junior

Livre Docente de Direito Administrativo na
Faculdade de Direito da Universidade de São
Paulo. Procurador Geral da Fazenda do
Estado.

A administração pública, que é uma das atividades realizadas pelo Estado, deve, como é óbvio, objetivar a realização dos interesses coletivos.

Ela o faz, porém, em circunstâncias que se podem caracterizar como de maior imediatidade em relação a êsses mesmos objetivos. Costuma a doutrina afirmar, e na vanguarda dessa orientação se situam os estudos de RANELLETTI e D'ALESSIO, que a administração, relativamente às demais atividades do Estado, é uma atividade fim, enquanto que as outras são mais de caráter instrumental.

Com efeito, as necessidades públicas, que são aquelas exigências que nascem do viver em comum, são diretamente satisfeitas por essa ação, permanente e indispensável na vida do Estado, que é chamada administrativa.

RANELLETTI afirma que ela é uma atividade necessária e permanente, sem a qual o Estado não poderia subsistir.

Poder-se-ia mesmo imaginar — diz êsse autor — Um Estado despido das outras funções, que, aliás sòmente se destacaram em estágios mais avançados de evolução. Seria, porém, praticamente impossível concebê-lo sem a função administrativa, porque, sem ela, não se satisfariam aquelas necessidades práticas, vitais, que emergem da vida em comum.

*. Trabalho apresentado e aprovado no V Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil e recomendado ao Poder Legislativo da União e dos Estados, tendo sido considerado “contribuição valiosíssima”.

É pela prestação administrativa que o poder público satisfaz aquelas exigências mais concretas que surgem da vida coletiva.

Em contrário, atividades outras do Estado não são assim diretamente práticas e concretas, mas têm um caráter mais instrumental, relativamente aos fins que devem ser realizados.

CATHREIN, o eminente mestre alemão, ao dar a sua noção de bem comum — que é o fim próprio da ação estatal — assevera que essa finalidade se pode desdobrar em dois aspectos — a fruição da ordem jurídica, em primeiro lugar, como ambiente necessário à realização do progresso material e cultural, que é o segundo e final objetivo.

De tal sorte, deve o Estado propiciar aos membros que o compõem — pessoas ou grupos —, em primeiro lugar, a fruição da ordem jurídica, e em segundo, uma quantidade suficiente de bens ou valores, de ordem material, cultural e moral, suficientes à sua felicidade temporal, humana e mesmo sobrenatural.

À primeira finalidade, atende o poder público pela atividade legal e jurisdicional; à outra, quem a satisfaz, de maneira direta, é a ação administrativa.

Esta é uma ação permanente de atendimento e satisfação das necessidades públicas. Tôda a ação social do Estado nela se inclui. E a atividade jurídica, que é a principal, nos seus amplos aspectos, e, naqueles, subsidiários, de caráter administrativo. Isto porque, o poder público, ou mais precisamente, os poderes do Estado, de par com a atividade preponderante que realizam, exercem sempre, subsidiariamente, atividades típicas administrativas.

2. Assim, o Estado, no desenvolvimento de sua ação, entra em relação com os particulares por ato em que

impõe o seu poder, por vêzes até contra a vontade dêstes, ou age, por acôrdo ou encontro de vontades, quando as circunstâncias propiciam cooperação por parte dos administrados.

É nesta ação que resulta de acôrdo ou cooperação do administrado, isto é, na ordem das relações contratuais, que se estabelecem entre a Administração e os particulares, que surge o fenômeno da concorrência.

Vimos que a ação do Estado deve satisfazer às necessidades coletivas e que esta é sobretudo e diretamente o campo da Administração.

Óbvio será, máxime no Estado disciplinado pelas normas do Direito, da Justiça e da Moral, que essa ação deva pactuar — se por orientação de idoneidade e equidade. Ela deve procurar realmente um objetivo imparcial e justo, porque a sua finalidade assim impõe.

Nesse intento é que a ordem jurídica estabelece o instituto da concorrência pública, como procedimento adequado e necessário à obtenção daqueles objetivos, sempre que deva o Estado servir-se da atividade dos particulares, voluntariamente prestada.

Assim, quando o Estado necessita contratar com os particulares, pessoas naturais ou jurídicas, a efetivação de atividades que lhe competem, deve, em princípio, fazer preceder os seus acôrdos, do processo de concorrência.

Precise o Estado delegar serviços seus, de determinada natureza (concessões de serviço público), executar obra de interêsse coletivo ou de utilidade geral (obra pública ou empreitada), obter os materiais ou meios necessários ao funcionamento do serviço público (aquisição, fornecimento), alienar ou celebrar locações de imóveis, realizar serviços, está adstrito, por lei, salvo exceções expressas, à exigência dêsse instituto moralizador.

3. O instituto da concorrência surge como exigência de boa administração, como uma condição de moralidade

e, também, como de democrática oportunidade para os administrados que melhores vantagens possam oferecer à realização de contratos de interesse da Administração.

Já se definiu entre nós a concorrência como “processo legal e técnico por meio do qual a Administração pública afere as “melhores condições” na prestação de serviços, na realização de fornecimentos, na execução de obras, na alienação de bens, etc.”. (Definição dada por RUBEM ROSA no Tribunal de Contas da União — *Rev. de Dir. Adm.*, v. 30, p. 300). É um procedimento prévio da celebração de contratos pela Administração e que encontra sua razão de ser na procura de melhores condições ou vantagens para a pessoa de direito público e de igualdade e justiça para interessados em com ela contratar. Donde a regra de que os contratos firmados pelo poder público, para o exercício da ação administrativa, sejam antecedidos de procedimento que propicie os objetivos indicados, no qual se observem, segundo a lição de JÊZE, três princípios essenciais: publicidade, forma competitiva e igualdade. Com efeito, *publicidade*, garantia de lisura; *forma competitiva*, meio de obter maior número de interessados; *igualdade*, iguais condições para todos e escolha do que oferecer melhores vantagens.

4. O instituto da concorrência é matéria que integra a contabilidade pública e, como tal, parte do chamado Direito Financeiro. A doutrina o estuda ao versar os contratos da Administração, pois que, segundo dissemos, a concorrência é dêles um procedimento ou processo preparatório. Como parte do Direito Financeiro inclui-se a sua regulação na competência da União, Estados e Municípios, na forma como a Constituição o prescreve.

5. Vejamos, agora, qual a natureza jurídica da concorrência.

Dentre os autores que estudaram o instituto destacam-se, com trabalhos especializados sobre o tema, ALCIDES GRECA e SAYAGUÉS LASO.

GRECA faz menção de que o assunto, na Argentina, foi pouco estudado, sob o aspecto doutrinário, como acontece entre nós. Refere-se ao estudo de JACOBO WAINER sobre os contratos administrativos, para destacar o capítulo dedicado às concorrências. Na doutrina estrangeira, versaram-no, entre outros, HAURIU, JÈZE, MASSON, ROSTAGNO, PRESUTTI, VELASCO, DELGADO y MARTIN, etc.

Entre os nossos estudiosos, que do assunto se ocuparam, podemos referir THEMISTOCLES CAVALCANTI, GUIMARÃES MENEGALE, pareceres de SEABRA FAGUNDES e MIGUEL REALE, bem como, na esfera por assim dizer judicial (no Tribunal de Contas), sobretudo RUBEN ROSA.

SAYAGUES LASO expõe as diversas opiniões dos autores que pesquisaram a natureza jurídica da concorrência (*licitação*).

Após fazer referência à concepção insegura de HAURIU, à meramente descritiva de ROSTAGNO, que tem todavia o mérito de distinguir a licitação do contrato, passa a examinar o ponto de vista de JÈZE. Expondo-lhe a teoria, mostra que, para êle, a licitação, concorrência, ou a adjudicação, que é como a denomina: é um ato jurídico que condiciona a regularidade do exercício da competência da autoridade pública para celebrar o contrato. A concorrência não cria nenhuma situação jurídica nem individual, nem geral. A adjudicação, licitação ou concorrência é o cumprimento de uma condição para exercer a competência de celebrar o contrato. É um ato-condição, na técnica de JÈZE. Trata-se de ato-condição que se consubstancia numa operação complexa, compreendendo vários atos jurídicos da mesma condição e que são os atos propriamente preparatórios da adjudicação, nome mais apropriado para significar o último ato da operação: a proclamação do adjudicatário.

A operação é em substância um concurso, semelhante ao adotado para a nomeação de funcionários.

Prossegue SAYAGUES LASO, adentrando a opinião de FERNANDES VELASCO, análoga à de JÊZE, mas sem a adoção de sua técnica, passando ao depois pelos estudos feitos por DELGADO Y MARTIN e por MARCELO CAETANO, e manifesta o seu entendimento do que se trata de um *procedimento* que, na forma da lei, antecede a celebração de contratos da Administração.

No mesmo sentido, embora se aproxime um pouco mais da técnica de JÊZE — pois considera a concorrência como ato-condição prévio — GRECA também conclui tratar-se de um *procedimento administrativo*.

HAURIU também falara da concorrência como constanciando “operações de procedimento”.

Procedimento administrativo, pois, sucessão de atos conexos e tendentes a um mesmo fim, dos quais uns dependem dos outros, de tal sorte que a exigência regular do antecedente é condição indispensável do que lhe segue. Ocorre, por assim dizer, um travamento de atos em que a validade do ato final está na dependência da regularidade jurídica dos que lhe antecedem.

6. Esse procedimento que constitui a concorrência, é como já se disse, um processo legal e técnico por meio do qual a Administração apura as melhores condições de idoneidade, conveniência e capacidade na prestação de serviços, realização de fornecimento e execução de obras. Permite a livre e igual competição. A escolha recai no licitante mais idôneo e que oferecer melhor vantagem. Compõe-se a licitação de uma série de atos sucessivos, todos interligados e tendentes ao mesmo fim: a realização do contrato administrativo. Vai do despacho que a ordena, passando pelo edital, inscrição dos licitantes e julgamento da idoneidade deles; abertura, exame e classificação das propostas, concluindo finalmente pela adjudicação.

Trata-se, pois, de um instituto de direito que deve, como vimos, preceder a assinatura dos contratos com o

Estado. Di-lo o Código de Contabilidade Pública e seu Regulamento. É, segundo escreve THEMISTOCLES CAVALCANTI, princípio consagrado pelas nossas leis e praxes administrativas (*Concorrência, in Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, p. 266).

7. Nesse instituto, considerado como gênero, distinguem-se espécies que se classificam principalmente em função do valor dos contratos realizados.

Podem, de conseguinte, as concorrências classificarem-se, em públicas e administrativas, havendo, ainda, a espécie denominada coleta de preços, aplicável a contratações de somenos valor.

As primeiras são aquelas que configuram uma licitação aberta, exigida para as relações contratuais de maior importância, variável esta segundo a natureza dos contratos que lhe devem seguir.

Assim, os valores diferenciam, segundo se trate de fornecimento ou obra pública, mas são sempre aquêles que se situam em limite que excede aos previstos e mais modestos, relativos às concorrências administrativas, também denominadas permanentes.

Exige-se, p. ex., a concorrência pública para a alienação de bens dominicais das entidades públicas, independentemente do valor de tais bens, sendo êsse um caso em que a importância é irrelevante. A exigência decorrerá da necessidade de preservar o patrimônio público e ela é inclusive precedida do interesse em dar maior proteção aos bens de propriedade da Nação. A Constituição paulista, de 1947, também nesse caso, era expressa e dispunha sobre a necessidade da precedente manifestação da Assembléia Legislativa, dispositivo hoje vigente com o caráter de lei ordinária.

Quanto às concorrências administrativas, prescritas para casos de menor importância e alçada, relativamente às primeiras indicadas, caracterizam-se por serem mais

restritas, cingindo-se aos negociantes para esse fim inscritos perante os órgãos competentes dos Ministérios, Secretarias e repartições.

— Constituem tais concorrências uma licitação restrita a esses interessados, geralmente fornecedores ou prestadores habituais desses serviços.

No atual Anteprojeto do Código de Contabilidade da União julgou-se superada a tricotomia vigente — concorrência pública, concorrência administrativa e coleta de preços. A respeito, a justificação do projeto afirma: “A concorrência administrativa, em verdade, é uma figura híbrida, técnica e juridicamente considerada. Não apresenta, na prática, maior segurança do que a coleta de preços, pois, neste, podem ser, até, em maior número, os licitantes e, de outro lado, se estabelece como que um sistema de fornecedores privilegiados, pelo critério dos registros. Acresce a circunstância de que a única vantagem real que oferecia a concorrências administrativa, representada pela inalterabilidade dos preços, antes de decorridos quatro meses da data da inscrição, de há muito não tem valor operante. É que os fornecedores, ou não apresentam preços certos, dentro de preços fixados, ou então, por uma defesa natural, diante do crescimento do custo de vida, na data de inscrição apresentam preços majorados, que possam ser mantidos, no curso do tempo” (R.D.A. 72/459). Com base nessas considerações, suprimiu-se a concorrência administrativa. Na esfera federal, as modalidades de concorrência, alteradas pelo recente Decreto-lei federal n.º 200, de 25 de fevereiro último, sob a denominação genérica de licitação, passaram a ser as seguintes: concorrência, tomada de preços e convite (art. 127).

8. Na concorrência, procedimento legal e técnico de complexa configuração, conjugam-se critérios de legitimidade e de discricionariedade, que se alternam em todo o seu curso.

O procedimento compreende, como vimos, as seguintes e principais fases: edital, verificação da idoneidade, julgamento das propostas e adjudicação.

9. Da sua natureza competitiva e dos princípios de publicidade e igualdade que lhe são consubstanciais, surge a exigência dos editais ou apêlo aos interessados para que se habilitem à celebração dos contratos relativos aos serviços públicos.

É uma peça que vincula a Administração e os concorrentes e a lei disciplina a sua elaboração.

Subordinado à lei e na medida em que a atende e completa, passa o edital a ser a lei da concorrência e suas cláusulas as principais fontes de direitos e obrigações da Administração e dos particulares.

O edital deve ser objetivo e imparcial, isto é, igual para todos os licitantes, colocados em igualdade de condições. Todavia, o preceito não é absoluto, admitindo-se, por exceção, preferência em favor de determinados licitantes, ou mais precisamente, de determinadas categorias de licitantes, por motivos justificados, como p. ex. vantagens para produtos nacionais, condições de maior idoneidade financeira ou técnica, da parte dos licitantes, tendo em vista a natureza da obra, etc.

10. A verificação da idoneidade dos concorrentes é das mais importantes fases do processo. Apuram-se as condições de admissibilidades dos concorrentes estabelecidas nos editais e procede-se ao exame da idoneidade moral, técnica e financeira dos interessados.

Está claro que o primeiro requisito a ser considerado é o da capacidade jurídica para contratar. Em seguida, a idoneidade comercial e financeira.

Esta fase é anterior à abertura das propostas e durante ela os interessados podem fazer as alegações que julgarem aptas à eliminação dos competidores.

Ressalta, assim, a importância desta fase do procedimento, não satisfatoriamente disciplinada em nossas leis, na qual há que bem dosar os coeficientes de legitimidade e discricção nela admitidos, bem como a possibilidade ou não de recursos dêsse julgamento preliminar e prazos para sua interposição.

11. Surge então a fase principal da concorrência, ponto fundamental, no assunto, a seleção dos concorrentes.

Como vimos, no objetivo de acautelar o princípio da igualdade e imparcialidade, as propostas somente se abrem depois de resolvida a fase anterior. Passa-se então a um exame diferente, em que não se discute mais idoneidade ou legitimidade dos proponentes.

Na forma que a lei estabelecer, faz-se a classificação dos concorrentes para a escolha da proposta mais vantajosa. Essa escolha denomina-se adjudicação.

Com êste ato, pelo qual se declara o concorrente vencedor e a proposta mais vantajosa, põe-se termo à concorrência, devendo seguir-se a assinatura do contrato.

Ocorre nesse momento, novamente, a possibilidade da coexistência de critérios de legitimidade e discricção, que devem ser condicionados por adequada disciplina jurídica.

O critério fundamental, que constitui aliás princípio cardeal do instituto, é o da eleição da proposta mais vantajosa.

Geralmente a proposta mais vantajosa será a de preço mais barato, exceto, é claro, a hipótese de um contrato dos chamados ativos, como seria o caso quando se tratar de venda ou locação de coisa pública.

A proposta mais barata somente será a mais vantajosa quando o interessado deva apenas fixar o preço, estando as demais condições já estabelecidas nos editais. Mas, de um modo geral, a proposta mais barata, isto é, mais vantajosa, será a que satisfaça, no conjunto, ao que

seja mais conveniente aos objetivos da Administração. A simples circunstância de preço mais barato, sem pô-lo em conexão com outros critérios relativos à qualidade do material ou mercadoria, prazos de entrega e realização, poderia ensejar até o estímulo a proposta descriteriosas e desonestas.

É outro aspecto que demanda também adequada disciplina, para fixar-se, quanto possível, com nitidez, o limite de discricão das autoridades e a vinculação do procedimento. De qualquer forma, a liberdade de apreciação, ainda quando a Administração se reserva expressamente êsse direito, não poderá deixar de conter-se rigorosamente ao previsto nas cláusulas do edital e normas legais.

12. Atribuído o fornecimento ou a obra ao vencedor da concorrência, surge para êste um direito subjetivo, ou mais pròpriamente, um direito de preferência sôbre os demais concorrentes, condicionado apenas a ser desfeito pela possibilidade que a lei faculta à Administração, de anulação da concorrência, prevista no art. 740 do Regulamento de Contabilidade Pública.

Embora a lei denomine o desfazimento de *anulação*, na realidade, tratando-se de tornar sem efeito o procedimento com base em considerações do mérito e não de legitimidade, trata-se mais acertadamente de revogação da concorrência. Com base, pois, em critérios dessa ordem, pode a Administração, enquanto não assina o contrato, e a despeito da regularidade da concorrência, desfazê-la, ou mais pròpriamente, revogá-la, sempre que, motivos de interesse público, devidamente justificados no despacho de revogação, aconselhem a providência. É o que parece decorrer do nosso direito positivo, pois entendemos que, entre nós, o vínculo contratual não decorre da adjudicação, mas da efetiva assinatura do contrato. A adjudicação origina apenas um interesse legítimo ou direito subjetivo condicionado ao interesse público da efetiva realização da obra ou serviço.

Da ilegitimidade eventual da adjudicação ou da revogação, com justa causa, da concorrência, poderão os interessados interpor os recursos normais, da esfera administrativa ou judicial.

13. Assim como a concorrência é, entre nós, de um modo geral obrigatória como preliminar dos contratos da administração, ela é dispensável, nos casos excepcionais expressamente especificados.

E aqui ocorre um dos aspectos mais interessantes, relativo aos critérios de legitimidade e mérito, no processamento das concorrências. E que interessa particularmente à intervenção dos Tribunais de Contas.

No permitir a dispensa da concorrência indica a lei circunstâncias que parece deixar ao critério do administrador e, como tal, não passíveis de consideração por parte de órgãos de controle, administrativos ou judiciais.

Em princípio, decidir pela dispensa da concorrência, quando a lei o permite, é faculdade indiscutível da Administração. Mas, desde que ocorram os pressupostos legais, o exame de sua ocorrência, em cada caso, é de competência do Tribunal de Contas.

Neste sentido tem sido a jurisprudência do Tribunal de Contas de São Paulo, que parece abonar-se na consideração de que as circunstâncias de fato, quando condição da regra jurídica, são elementos da própria juridicidade e, por conseguinte, da legitimidade da providência. E como tal, inclui-se no campo de competência ou de apreciação dos órgãos de controle.

Examinando questão análoga, ensina MANOEL RIBEIRO, em seu *Direito Administrativo*: “A Constituição, ao estabelecer as condições para a abertura de créditos extraordinários, estabelece, entre elas a de calamidade pública. O Tribunal de Contas não poderá limitar-se a aceitar a qualificação dada ao fato: examinará se essa condição e oportunidade da prática do ato se verifica na realidade

(págs. 216-217)”. O mesmo acontece — cabe observar — no que diz respeito às condições previstas para a dispensa de concorrências públicas.

14. Cabe assinalar, por fim, tendo em vista a importância da instituição, os seus reflexos no campo criminal.

Assinalamos, de início, a importância da instituição em conexão íntima como está com exigências da adequada execução dos serviços públicos.

Entendeu o poder público, porém, tendo em conta a importância do instituto para a coletividade, que deveria proteger a sua exação, inclusive pela cominação penal.

Donde o estabelecimento, no art. 326 do Código Penal, de crime, quando ocorre a quebra de sigilo no processo.

Este pode ocorrer por ter sido devassada qualquer uma das propostas feitas, por um funcionário, ou porque tenha este propiciado a alguém o ensejo de devassá-la.

A forma delituosa é incluída entre os crimes praticados por funcionário público contra a Administração.

Destarte, se o agente público toma a iniciativa de atos que levem um funcionário a tornar conhecida de um concorrente a proposta de outro, ou enseja mesmo a terceiros, a possibilidade dêsse conhecimento, por ato intencional, incorre no crime de que estamos tratando e através do qual o Estado acresce uma proteção à regularidade dêsse importante instituto da concorrência pública, visando a moralizar a sua ação e realizar com justiça a sua finalidade.

Na mesma linha de proteção do instituto, dispõe o art. 335, configurando crime de particular contra a administração em geral.

15. Vemos, por conseguinte, que o procedimento em exame configura instituto de grande utilidade, indispensável à boa realização do serviço público e à justiça na prestação dêle; do mesmo passo, de justiça também, para

os que concorrem à sua prestação por contrato, eliminando, como ficou dito, orientação descriteriosas e eventualmente desonestas.

O Estado deve realizar o bem comum, o que importa ser preponderantemente justo na sua atuação, em face das exigências do interesse coletivo e de cada um dos que venham, com essa finalidade, apresentar-lhe a sua colaboração.